

KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMENİN NİTELİĞİ

(Bir Öneri: Birlikte Yasama)

Onur KARAHANOĞULLARI *

GİRİŞ

Yazımızın konusu olan “kanun hükmünde kararname” kurumu, Türk Anayasal sistemine, güçlü yürütme arayışının bir ifadesi olan 12 Mart dönemi anayasa değişiklikleriyle (20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun) girmiştir. Güçlü yürütme anlayışının, geleneksel yasama-yürütme dengesinden kopuşa kadar vardırıldığı 1982 Anayasası’nda da genişletilerek ve etkinleştirilerek düzenlenmiştir.

1876 Kanun-ı Esasisi’nin 36. maddesinde düzenlenen, “muvakkat kanun” Türk anayasa tarihindeki ilk kanun hükmünde kararname örneğidir.

1921 ve 1924 Anayasaları ile 1961 Anayasası’nın ilk metninde kanun hükmünde kararname kurumu bulunmamaktadır. Ancak bu dönemlerde çıkarılan ve öğretide “kaide kararname” olarak adlandırılan yürütme organı işlemlerinin niteliği tartışmalı olmuş ve bunların, yasalarla belirlenmiş oranlarda değişiklikler yapması nedeniyle yasa gücünde olduğu savunulmuştur. Bunların en tipik uygulaması, 20.2.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun ve 18 Ocak 1940 tarih 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu çerçevesinde çıkarılan kararnamelerdir. Milli Korunma Kanunu II. Dünya Savaşı dönemi koşullarının gerektirdiği kural koyma ihtiyacını karşıla-

* A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi.

miş toplumsal yaşamı bu kararnamelerle düzenlenmiştir. Bugün de yürürlükte olan bu kanun uygulamada değildir. Olağanüstü durumlarda ve iktisadi buhranlarda acil alınması gereken tedbirlerin kurallaştırılması ihtiyacını karşılamak için çıkarılan Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun, Türkiye Cumhuriyeti'nin 1930'dan beri olağanüstü hal yaşadığının karinesiymişçesine, bugün de yürürlükte ve uygulamadadır. Türkiye'nin sermaye birikim sürecinin hukuksal çerçevesi bu kanuna dayanılarak çıkarılan kararlar ve onlara dayanan tebliğlerle çizilmiştir. 1930'ların devletçi politikaları, 1946'dan itibaren uygulanan dış ticaretin liberalleştirilmesi politikaları, ithal ikamecilik, 1980'le başlayan ihracata dayalı büyüme (24 Ocak Kararları, Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında 25 Sayılı Karar'la yürürlüğe konmuştur) ve en son döviz rejiminin tamamen serbestleştirilmesi (11.8.1989 tarihli Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında 32 sayılı Karar) hep bu kanun çerçevesinde yürütme organı işlemleriyle düzenlenmiştir.

Kaide kararnamelerin biçimsel bir hukuki tahlili bunların kanun hükmünde olmadığı sonucuna varabilirse de -ki bu görüş öğretilerde tartışmalıdır ve aksi ileri sürülmüştür- ülkenin yetmiş yıllık sermaye birikim sürecini düzenleme yetkisini yürütme organına devreden bu uygulama, halkın, toplumsal yaşamın hukuksal çerçevesini temsilcileri yani meclisler aracılığıyla çizmesi ilkesinin dışında kalması bakımından çok genel bir kanun hükmünde kararname tanımı içinde değerlendirilebilir. Bu genellikte bir kanun hükmünde kararname tanımı, yazının sınırları dışında kalmaktadır.

1971 değişikliği ile 1961 Anayasası'na monte edilen kanun hükmünde kararnamenin, 1980 yılına kadar ciddi bir uygulaması görülmemiştir. Çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (bundan sonra KHK) Devlet Memurları Kanunu'nun "ıslah" edilmesine ilişkindir. 1980 sonrası kanun hükmünde kararname, büyük çoğunlukla 24 Ocak Kararlarıyla benimsenen ekonomik sistemin yönetsel yapısını biçimlendirme amacıyla kullanılmıştır. Örneğin, özelleştirme uygulamalarının alt yapısının hazırlanmasında kanun hükmünde kararnameler önemli bir araç olmuştur. Doğrudan özelleştirmeye yönelik olarak çıkarılan genel yetki yasası Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.¹

1980 sonrası yoğun uygulamasıyla kanun hükmünde kararname ciddi bir "norm koyma sorunsalı"² yaratmıştır. Sayıca kabarcıklığına, Anayasa Mahkemesi'nin seri iptal kararlarının ve Türkiye Büyük Millet Meclisi denetiminin yarattığı sorunlar da eklenince, hukuk sisteminin rasyonelliği, nesnelliği, bilinebilirliği ve ulaşılabilirliği ciddi sarsıntıya uğramıştır. Kanun hükmünde kararnameleri derleyen T.C. Başbakanlık Kanun Hükmünde Kararnameler Külliyesi yeterli açıklıktan uzaktır. Külliyyatta, seksen sekiz adet KHK, "yayınlanmamıştır", dokuz adet KHK de "henüz çıkarılmamış" ibareleriyle numara almıştır. Külliyyattan, kanun hükmünde kararnamelerin kanunlaşp kanunlaşmadıkları konusunda yeterli bilgi alabilmek mümkün değildir. Bu mevzuat karmaşasından daha önemlisi, diğer bütün nedenlere ek olarak yasama görevinde bu denli işlevsizleştiği için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ciddi bir meşruiyet bunalımı yaşamasıdır.

¹ 1994/49, K.1994/45-2, k.t. 7.7.1994, AMKD, Sayı 30, Cilt 1

² İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 1.Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Kasım 1994, s.133.

Hukuki kurumlar incelenirken ya da hukuki sorulara yanıt ararken birçok soru çıkar karşımıza. Bunların çözümü çoğu zaman birçok olası yanıttan birini seçmeyi gerektirir. Hukuki sorunların çözülmesinde kullanılacak öncüller de çeşitli olasılıkların arasından seçilir. Herhangi birinin seçilmesinin hukuk sistemi bakımından aykırılık doğurmadığı olasılıklar arasında seçim yapmak güçtür. Vardığımız sonuçlar genellikle, hukuki yapılanmamızın verdiği “öngörü”lerle ulaştığımız tercihler şeklinde ortaya çıkar. Zorluk, hukukun tek bir olasılığı doğru kılmamasından kaynaklanır. Yorumla hukukta zaten varolan bir çözümü değil, hukuki çözüm olasılıklarından birini seçeriz. Çoğu zaman tek çözüm yoktur. Birden çok çözüm, hukuki açıdan doğru olabilir. Zira hukuk bir sistemdir ve hukukun bütünlüğünü bozmayan her çözüm hukukten mümkündür. Hukuk sisteminin bütünlüğünü bozmayan her çözüm hukukten gerekçelendirilebilir. Hukuk, sorunların çözümünde hukuk sistemiyle tutarlılıktan başka sonuç dayatmaz. Normatif sistemin olgusal-daki kaynağı ve olgusalla örtüşme derecesi ayrı bir sorundur.

Bu nedenle, hukuki bir soruna ait çözüm olasılıkları arasından seçişlerimiz, hukukun temel önermelerini ve hukuka kaynaklık eden temel olguları kavrayışımıza ve anlamlandırışımıza bağlıdır.³ Çalışmanın temel saiki 1982 Anayasası düzenlemesinde kanun hükmünde kararnamenin niteliğini bu kaygıları akılda tutarak değerlendirmektir.

Yürütme Organına Yasa Gücünde Kural Koyma Yetkisi Verilmesinin Nedenleri

Yürütme organına yasa gücünde kural koyma yetkisi verilmesinin nedenleri öğretilde, “yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi” ya da “parlamentar rejimin rasyonelleştirilmesi” çerçevesinde değerlendirilmiştir. Konuya ilişkin çalışmalar özellikle 1961 Anayasası dönemine rastlamaktadır.

1961 Anayasası'nın 64. maddesine kanun hükmünde kararname kurumunu ekleyen 1971 yılı değişikliğinin gerekçesi öğretildeki görüşlerin özeti, kanun hükmünde kararnamenin “manifestosu” niteliğindedir:

“Parlamentar rejimlerde, kanun yapmanın belli usullere uyulmak sebebiyle, bir zaman aldığı ve gecikmeler meydana getirdiği bir gerçektir. Değişen iktisadi ve sosyal şartların bir gereği olarak, bazı hukuk kurallarının bu usuller dışında yürürlüğe konulabilmesi çağdaş Devlet anlayışının tabii bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.”

Öğretilde savunulan görüşler anonimleşecek denli yaygın ve benzerdir. Yürütmenin güçlendirilmesi eğilimini açıklamak için getirilen gerekçeleri yürütme organının yasa gücünde kural koyması sorunuyla sınırlı olarak aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz:⁴

³ “Normun sonucu iki sonucu mümkün kılıyorsa, bunlar arasından, toplumsal sonuçları, normlar arası amaçsal bütünlüğe en uygun olanı tercih edilmelidir.” Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, I. B., Ankara, Doruk Yayınevi, 1981, s.81.

⁴ Bu gerekçeler şu kaynaklardan derlenmiştir: Turgut Tan, “Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku,” *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, Mart 1972, s.28; Misket Yılmaz, “Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname,” *Prof.Dr.Bülent Nuri Esen'e Armağan*, AÜHF Yayınları No.417, Ankara, 1977, s.522; Adil Özkol, “Çağdaş Parlamentar Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi,” *A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt XXVI, No. 1-2, s.53; Nuh Kibar, “Türk Hukukunda Kararname(Kanun Hükmünde Kararnameler Dahil),” *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler*, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1976, s.292; Muammer Oytan ve G.Önbilgin, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın İlke ve Kuralları*, Ankara, 1977, s.118; Mustafa Bumin, “Fransız ve Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname (Karşılaştırmalı

Devletin ekonomik ve sosyal hayatta üstlendiği görevler ve günümüz toplumunun ekonomik teknik koşulları yürütme organını yasama karşısında güçlü hale getirmiştir. KHK modern ve demokratik toplumlarda görülen gelişmelerin kaçınılmaz bir ürünüdür.

Karma ekonomi ve sosyal devlet yaklaşımıyla devletin ekonomik sahaya müdahalesi karşısında, günü gününe izlenmesi ve süratle halledilmesi icabeden bünyeleri itibariyle çok karışık olan ekonomik sorunları muayyen prosedüre tabi olan sert kalıplar getiren ve günün ihtiyaçlarını daima geriden takip eden kanunlarla düzenlemek mümkün değildir.

Parlamento teknik ve ihtisastan ziyade, siyasi bir kuruluş durumundadır. Meclislerin düzenleyeceği konular, giderek daha çapraşık, daha karışık bir hal almakta, meclisin yeteneğini aşmakta, teknik ve uzmanlık isteyen bir durum ortaya çıkmaktadır. Kalabalık, haber ve bilgi alma ve seviye bakımından hükümete nazaran dezavantajlı meclislerin bilimsel ve teknik gelişmelerin yarattığı sorunları çözebilmesi güçtür. Parlamantonun işleyişindeki düzensizlik nedeniyle yasama hizmetleri sekteye uğramaktadır.

Yürütmeye yasamanın yükünü hafifleteci nitelikte bir yetki vermek bir zorunluluk olmaktadır.

Acele durumlarda, yasamanın ağır işleyen kurallarından kurtulmak, etkili, durumun gereklerine uygun karar alma ve uygulama olanağı yaratmak gerekmektedir.

Olağanüstü haller kesin ve süratli karar alma ihtiyacı doğurmaktadır. Normal zamanlarda yürütme organına yasa gücünde kurallar koyma yetkisi verilmesi zorunlu olduğuna göre, bunun son derece seri ve müessir kararlara lüzum gösteren fevkalâde hallerde evleviyetle vârit olması icap eder.

Kanun koyucunun bir meseleyi Yürütme organı kadar sessiz, gizli ve gürültüsüz bir şekilde düzenleyemeyeceği gayet açıktır.

Çağımızda yasama organının karşısında artık mutlakiyetin izlerini taşıyan bir hükümdar yoktur, kuvvetler ayrılığı prensibi temel hakların ve özgürlüklerin korunması için vazgeçilmez bir şart olmaktan çıkmıştır. Kuvvetler arasında modern çağın gerektirdiği ihtiyaçları karşılayacak şekilde yeni bir dengenin kurulması artık bir mecburiyet halini almıştır. Bu yeni dengede yürütme yasamaya göre kural koyma alanında bir üstünlük kazanmaktadır.

Çoğu kez parlamento üyeleri tekrar seçilememek korkusu ve kuşkusuyla halkın hoşuna gitmeyeceği açık-seçik belli olan yasalara oy vermemektedirler. Ayrıca parlamentonun menfaat gruplarının ve teknokratların etkisinden kurtulabilmesi de oldukça güçtür.

Olarak), "İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler III, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1976, s.326; Şeref Gözübüyük-Cahit Tutum, "Yasa Gücünde Kararnameler," *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, Ankara, 1975, s.3; Bülent Daver, *Fevkalâde Hal Rejimleri (Türkiye'de-Yabancı Memleketlerde)*, AÜSBF Yayınları No. 130-112, Ankara, 1961, s.19; Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, 1. Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s.179; Muammer Oytan, "Fransa, Almanya ve Türkiye'de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi," *Onar Armağanı*, İstanbul, 1977, s.541.

Parlamentar 'absanteisme' ya da yasama yetkisinden 'kaçma' (evasion) konusunda Avrupa'da iki güncel neden ortaya çıkmaktadır. Biri Avrupa Birliği yönünde parlamenter delegasyon yetkilerinin genişlemesidir. Diğer ise, decentralisation (adem-i merkezîyetçilik) reformları çerçevesinde, yerel topluluklar lehine yasamadan kaçış fenomenidir.

Yürütme organının, meclisler karşısında güçlenmesinin ve meclislerin en temel işlevleri olan yasama işlevinin ortağı durumuna gelmeleri yukarıda kısaca özetlenen nedenlerle açıklanmaktadır. Temel gerekçe, yeni ekonomik ve siyasal koşulların, daha somut olarak, sosyal devletin ekonomik yaşama müdahalesinin güçlü yürütmeyi gerektirmesidir.⁵

Ekonomik ve siyasal koşulların demokratik ilkelerin geliştirildiği dönemlerden farklılıklar taşıdığı ve kimi sorunlar doğurduğu açıktır. Bunlar için demokratik ilkeler çerçevesinde çözüm arayışları geliştirmek yerine, olgusala teslim olmak, demokratik varsayımıyla kurgulanan bir sistem için çelişkidir. Hem demokratik ilkeleri benimsemek hem de meclisin en temel işlevini başka bir organla paylaşmasını kabul etmek -ki bunun için hiçbir kuramsal gerekçe getirilmemekte varolan durumun sathi tasviriyile yetinilmektedir- mümkün değildir.

Sorunun Demokratik İlkeler Bağlamında Ele Alınması

Gelişmeler kamu hukukunda, "yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi" ya da "parlamentar rejimin rasyonelleştirilmesi olarak" ifade edilmektedir. Bu eğilim, temsili meclislerin karar organı olma niteliklerini kaybederek, karar alma imkanı artan ve güçlenen yürütme organının denetleyicisi organlar konumuna inmesi şeklinde belirmektedir. Bu gelişmelere karşın, "parlamentoların görüşünün ya da onayının alınmasına devam edilmekte; fakat bunun rolü de yürütmeye tanınan yeni görev yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin yollarını genişletmekten ibaret olmaktadır."⁶ Tanilli'nin saptamasıyla, "demo'suz (halksız) demokrasiye 'parlamentosuz parlamentarizm' eşlik etmiş olmaktadır."

"1.Dünya Savaşından sonra başlayan ve İkinci Dünya Harbinden sonra iyice beliren parlamenter rejimi rasyonelleştirme cereyanı, seçim sistemi, umumi efkarın bünyesi veya diğer sebepler nedeniyle mütecanis meclis ekseriyetlerinin tertibinin güç ve imkansız olduğu memleketlerde parlamenter rejimi işletmenin güçlüğünden doğmuştur."⁸ Bu güçlüğün aşmanın pek çok yöntemi vardır ve yazımızın konusu olan kanun hükmünde kararname bunlardan yalnızca biridir.

⁵ Devletin işlevlerinin artması sosyal devletçi ve Keynesçi bir argümandır. Son 25 seneden beri dünyada, 24 Ocak Kararları ve son Anayasamızdan beri de (Anayasa'da adı geçse de) ülkemizde terk edilmiştir. Muhtemeldir ki, dünya literatürünü daha yakından takip eden müelliflerimiz argümanlarını bundan sonra neo-liberalizme, Hayek'e, Friedman'a dayandıracaklardır. Örneğin, Hayek, devletin ekonomik ve sosyal düzene müdahale etmemesi gerektiği öncülünden aynı sonuçlara varmaktadır. Bkz. Friedrich A. Hayek, **Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük (Kurallar ve Düzen)**, I.B., Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 1994, s. 129, 187, 189. Ayrıca, bkz. **Mürekkap Dergisi**, Yaz 1994, s. 5, 45, 62.

⁶ Erdoğan Teziç, "Batı Demokrasilerinde 'Yürütme'nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi," **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, Ağustos 1980, s. 97.

⁷ Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş**, 6. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, Eylül 1990, s. 316.

⁸ George Vedel, "Teşri ve İcranın Münasebetleri Problemi," çev. Taner Timur, **A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt XV, No. 3, 1960, s. 54.

Her düşünce veya kavram, yalnızca onun temelini oluşturan tüm teorik sorunsal içinde anlamlıdır. Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin temelini oluşturan teorik sorunsalı değerlendirmeden yalnızca olgusal durumun tasviriyle yürütme organına yasa gücünde kural koyma yetkisi verilmesinin nedenlerini açıklayabilmek mümkün değildir. Yukarıda kısaca belirttiğimiz bu gerekçelerin en temel yanılığı, temsili meclislerin yasa yapması işlevinde demokratik kurama ilişkin hiçbir şey görmemeleridir. Bu yaklaşıma göre hem demokratik ilkeleri benimsemek hem de parlamento seçimlerinin asıl amacının hükümet kurmak olduğunu, parlamentonun denetim işleviyle yetinmesi gerektiğini savunmak mümkündür. Kuralları uygulayacak organın kuralları yaptığı bir sistemin aşılın eski rejimden ne farkı olduğu, insan haklarıyla nasıl bağdaştığı sorusu akla gelmemektedir.

Demokratik ilkelere aykırı olarak yürütmenin güçlendirilmesi ve özel olarak da yürütme organına yasa koyma yetkisi tanınması kaçınılmaz bir gelişmedir. Ancak kaçınılmazlık gelişen toplumsal sorunlara demokratik ilkeler çerçevesinde yanıt bulunamayacak⁹ olmasından değil demokratik ilkelerin toplumsal gerçeklikle çelişikliğinden kaynaklanır.¹⁰

“Demokratik modelin kurumsal iskeletini kuran parlamentarizm, temsili demokrasi, kuvvetler ayrılığı ve Hukuk Devletidir ama, modelin bir de konvansiyonlar mimarisi ve bu mimarinin üzerine kurulu olduğu değerler sistemi vardır. Bu değerler sistemini şekillendiren Devlet-Sivil toplum münasebetleridir.”¹¹

Varolan toplumsal yapıda, siyasal alanla iktisadi alan ayrı birer ilişkiler bütünü oluşturur. Sivil toplum devlet ayrımı da siyasal ilişkilerle iktisadi ilişkilerin ayrılmasına, örgütlenmiş siyasal gücün üretim ilişkileri alanında doğrudan yer almasına son verilmesine tekabül eder. Sivil toplum, üretim güçleri ve üretim ilişkilerini ve bunlara dayalı mübadele biçimini, kısaca belirli bir tarihi evredeki tüm ticari ve sınai yaşamı anlatan bir kavramdır.¹² Batı siyasal düşüncesinde kavram, kendi bireysel çıkarlarını izlemekte özgür, özel mülkiyet sahibi insanlar arasında kurulan meta (piyasa) ilişkileri üzerine yerleşmiş bir toplumu ifade etmek üzere kullanılır.¹³

Sivil toplum, toplumsal ilişkilerde bir ayrılmanın ürünüdür. Varolan üretim ilişkilerinin sürdürülebilmesi için gereken sistemli siyasal güç uygulamalarının, bu ilişkiler alanından ayrılması; bu topluluğun bütününe, kamuya ilişkin olarak nitelendirilebilecek karar ve etkinliklerin özel bir alanda siyasal ilişkiler alanında toplanması ve böylece topluluğun başka etkinlik alanlarının dışına yerleşmesi anlamında bir ayrılımdır.

⁹ Bunun imkanlarını araştırmak bir yana, böyle bir çözüm arayışının gerekliliği bile düşünülmemektedir.

¹⁰ Hem demokratik ilkeler çerçevesinde kalmanın gerekliliğinden hem de bu ilkelerin toplumsal gerçeklikle çelişikliğinden söz edilmektedir. Bunda bir çelişki olduğu düşünülebilir. Olgusal gerçekliğe teslimi olarak, halkın katılımıyla yaratılan demokratik ilkeleri geriye dönük olarak gözden geçirmek farklı, demokratik ilkeyi benimseyip ileri bir toplumsal ve hukuksal yapı için arayışta bulunmak farklı bir yaklaşımdır. Demokratik ilkelerin toplumsal gerçeklikle çelişikliğini, demokratik ilkeleri terk ederek değil, ilkeleri daha demokratik bir toplumsal yapı için savunarak aşabiliriz.

¹¹ Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi*, I.B., BFS Yayınları, İstanbul, Mart 1989, s.120.

¹² Gülhür Savran, “Sivil Toplumun Eleştirisi,” *Yapıt*, Sayı 5, Haziran- Temmuz 1984, s.38.

¹³ Sungur Savran, “Sol Liberalizm:Maddeci Bir Eleştiriye Doğru,” *11.Tez*, Sayı 2, Şubat 1986,s.16.

Siyasal ilişkiler alanı devlete tekabül eder. Devletin varlığı insanların “kendi güçlerini” “toplumsal güçler olarak elinde tutup bunları kendisinin düzenlemesi yerine bu güçlerin siyasal güçler biçimi altında insana yabancılaşarak kendisinden ayrılmasını ifade eder.

Ekonomik ilişkiler (sivil toplum) - siyasal ilişkiler (devlet) ayrımı yabancılaşmayı da birlikte getirir.

Aslında toplumsal ilişkiler içerisinde, bizzat o ilişkilerin öznelere tarafından verilmesi gereken kararlar, kendileri dışında yer alan bir -siyasal- alanda ortaya çıkmaktadır. Bu, toplumun kendi gücünün, kendi dışında bir cihazda (devlette) cisimleşmiş olarak yeniden toplumun karşısına çıkması anlamında bir yabancılaşmadır.¹⁴

Çözümü devlet, etkinliğini gerektiren her sorun siyasal nitelik taşır. Bu bağlamda sivil toplumda yaratılan ilişkilerden hemen hemen tümü siyasal nitelik taşır ve düzenlenmesi doğrudan bu alanın öznelere değil, bu öznelere dolaylı katılımıyla siyasal alanda alınan ve siyasal örgütlenme aracılığıyla yerine getirilen kararlarla gerçekleşir. Bu kararlar hukuk kuralları biçiminde formüle edilir. Gerek bireyler arasındaki ve gerekse bireyler ve devlet arasındaki ilişkiler hukuk aracılığıyla düzenlenir. Hukuk, kamu gücünün, uylulmasını yaptırma bağladığı davranış kurallarıdır.

Toplumun hemen her alanı hukuk kurallarıyla düzenlenir ve toplumsal öznelere bunların oluşumuna katılımı dolaylıdır. Günümüz toplumunda, “toplumun bütününe ilgilendiren kararlara katılım ayrı bir siyasal alana katılım anlamını taşır ... Herkesin başka bir alana katılma hakkını elde etme fırsatını bulması, sadece, kendi alanının aslında bu hakkı içermediğini kanıtlar ... Yurttaş toplumun yönetimine siyasal alan aracılığıyla katılır ... Bu ayrılma bağlamında siyasal katılım toplumun üyelerinin kendi adlarına sürdürdükleri bir faaliyet değil, onların adına siyasal yetkililerin üstlendikleri bir sorumluluktur. Toplum ile siyasal alan, kendi içlerinde sınırları belirlenmiş faaliyetleri ve işlevleri barındırır; yurttaşlar siyasallıklarını, ancak kendi siyasal iradelerini siyasal alanın üyelerine devretmek yoluyla gerçekleştirirler ... Siyasal demokrasi kaçınılmaz olarak temsilidir.”¹⁵

Bu toplumsal ayrılma, bireysel rollerde de bir ayrılma yaratır. Sivil toplumda bireysel çıkarları güdüsüyle hareket eden bencil insanlar (atomize bireyler) ve devlette ifadesini bulan genel çıkara yönelik vatandaşlar.¹⁶ Sivil Toplum - devlet ayrışmasının yarattığı yabancılaşma, tikelde birey -vatandaş kimliği ikiliğinde belirir.

Temsililik, sivil toplum-devlet (ekonomik ilişkiler alanı-siyasal ilişkiler alanı) ayrılmasının doğurduğu bir zorunluluktur. Bu ayrılmanın doğurduğu yabancılaşmanın somut ifadesidir. Ama aynı zamanda bu yabancılaşmanın aşılmasının varolan toplumsal sınırlar içerisindeki en temel araçtır.

“Demokratik modelde Devlet-Sivil toplum ayrımına getirilen klasik düzeltici, temsil teorisi ve seçimlerdir. Sosyolojik gerçeğin siyasi temsilini Parlamento cihazı gerçekleştirir.”¹⁷

¹⁴ S. Savran, a.g.m., s.39.

¹⁵ Gülnur Savran, “Marx’ın Düşüncesinde Demokrasi: Siyasetin Eleştirisi,” 11. Tez. Sayı 6, Haziran 1987.

¹⁶ Gülnur Savran, a.g.m., (Yapıt. Sayı 5), s.41.

¹⁷ Çağlar, a.g.e..

Demokrasi, politik kararlara varma yöntemlerindendir. Kararların alınmasına halkın katılımını sağlayan kurumsal yapısıyla diğer yöntemlerden ayrılır. Demokrasinin bütün tanımlarında vurgu, halkın temsil yoluyla siyasal kararlara katılımındadır. Temsil, sivil toplumdaki tüm oluşumların (en azından gruplaşmış farklı görüşlerin belli başlılarının) siyasal alana taşınması anlamına geldiğine göre zorunlu olarak meclis tipi yapıları var-sayar. Oluşan bu temsili kurulun işlevi, kendilerini seçenlerin yönetileceği kararları on-lar adına almaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi demokrasinin diğer yönetim biçimlerinden farkı, bir bütün olarak halkın temsiliini içermesidir. Demokrasilerde parlamentolar temel organlardır.¹⁸⁻¹⁹

Klasik demokrasinin kurduğu bu temsili yapı ve ilkeler, sivil toplum - devlet ayrımının yeniden üretilerek sürmesinde iki temel işlev yüklenir: bu ayrılmanın yarattığı *yabancı-laşmanın*, en azından kuramsal düzeyde *aşılması* ve *bölünen sosyalin bütünleştirilmesi*. Siyasal yapının meşruluğu bu yoldan sürekli üretilir.

Rousseau "milli egemenlik" kuramıyla insan-yurttaş çelişkisini aşmaya çalışmıştır. Rousseau'nun doğal durumu ve doğal insanı, toplumsal - siyasal birliğine dayanır. Toplumsal sözleşmeyle doğal durumun aşılması, doğa durumundaki insanların toplumsal sözleşmeyle kendi dışlarında bir karar ve zor tekeli yaratmaları bunun karşısına sivil toplumun konması ikili kimliğe bölünmüş bireyi doğurur. Birey, insan kimliği içinde kendi özel sorunlarına yönelik olarak yaşar; topluluğun siyasal işlevlerine dışsallaşmıştır hatta bunlarla karşıtlık içindedir. Bir yurttaş olarak ise, kendi bireyselliğinden soyutlan-mıştır; toplumun ona verdiği ödevleri yerine getirir."²⁰

Rousseau'ya göre, bireyin insan yönüyle yurttaş yönü arasındaki birlik yasa ve yasakoyucu dolayımıyla aşıılır. Toplumsal bütünü ve bütünü bireyler arasındaki birliğin oluşmasında odak noktası yasadır. Yasa ve dolayısıyla yasakoyucu insan - yurttaş çeliş-kisini aşmanın ve birliği getirmenin tek aracıdır.²¹

Rousseau'da egemenlik yasamayla tanımlanır. "Devlette, onu taşıyan ortak bir güç ve bu gücü yönlendiren genel bir irade vardır; egemenlik ikincisinin birincisine uygulanması-

¹⁸ Taha Parla bunu daha net ifade ediyor: "temsili demokrasi kuramında 'Yasama büyüktür Yürütme,' 'Yü-rütme büyüktür Yönetim'dir." Taha Parla, **Türkiye'de Anayasalar**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1991, s.35.

¹⁹ Duverger'e göre bu çıkarım Akdeniz insanının mantığının sonucudur. "Halk egemenliğine dayanan bir sis-temde erk üstünlüğünün, zorunlu olarak en dolaysız biçimde halktan gelen bir otoriteye -başka bir deyişle parlamentoya ait olmasını öngören Akdeniz mantığı...Oysa Kuzeyin deneyciliği bir tasımın sonuçlarından çok, pratik gerekliliklere önem verilmesini kolayca kabul eder.," Maurice Duverger, **Siyasal Rejimler**, Sos-yal Yayınları, İstanbul, Mart 1986, s.85.

İster Akdenizin mantığı, ister Kuzeyin "sağlam" mantığı kullanılsın demokratik kuramdan başka bir sonuca varmanın mümkün olduğunu düşünmüyoruz. Gelişen toplumsal olaylar, bu sonuçtan sapılmasını gerektiri-yorsa birkaç olasılık çıkar karşımıza: 1. Duverger ve hukukçuların büyük çoğunluğu gibi hem demokrasinin en temel önermesini (halkın temsili yönetimi) elde tutmak hem de bununla çelişen, yeni toplumsal gelişme-ler sonucu ortaya konan ilkeleri benimsemek. 2. Toplumsal gelişmelerin yarattığı ihtiyaçları mümkün ol-duğunca demokratik ilkeler çerçevesinde karşılamaya ve zorunlu olan sapmaları mümkün olduğunca dar yorumlamaya çalışmak. 3. Yeni toplumsal gelişmeler karşısında demokrasinin mümkün olmadığını, yeni a-rayışlara girmek gerektiğini savunmak. Biz, zor da olsa ikinci yaklaşımın tutarlı olacağını düşünüyoruz.

²⁰ Gülnur Savran, **Sivil Toplum ve Ötesi**, 1. Baskı, Alan Yayıncılık, İstanbul, Haziran 1987, s.85.

²¹ a.k., s.76.

dır ... Egemenlik, yalnızca genel iradeyle yani yasama ile ilgili bir kavramdır. Rousseau, buradan kalkarak egemenliği kayıtsız koşulsuz halka vermekle, bir bütün olarak yasama erkinin halka ait olduğunu söylemiş olur.”²² Rousseau’yu değerlendiren Althusser’e göre, “yasama eylemi, kombine (birleştirilmiş), yinelenen ve her keresinde yeniden harekete geçirilen Toplum Sözleşmesinden başka bir şey değildir.”²³

Parlamentodan çıkan yasalar yalnızca çoğunluğun görüşü değil, azınlığın da görüşünü içeren bir bütündür.²⁴ Yani her bireyin iradesi, alınan siyasal kararlarda mündemec bulunmakta; birey, yurttaş olmanın gereklerini temsilcileri aracılığıyla sürekli yerine getirmektedir. Yasayı yapan genel irade olduğu için her bir birey açısından kendi özgüllüğü ve tikel iradesi yasadaki gerçeğe dönüşür. Bu ilkelerle, birey ile toplumsal bütün arasındaki kopukluk, toplumsal olarak aşılması sivil toplum-devlet ayrımının aşılmasına bağlı olsa da, en azından kuramsal düzeyde aşılmaktadır.²⁵

Temsili yapının ikinci temel işlevi bölünen sosyali (parçalı toplumsal yapıyı) temsili kurumlarda bütünleştirmektir. “Demokratik modelde Devlet-Sivil toplum ayrımına getirilen klasik düzeltici, temsil teorisi ve seçimlerdir. Sosyolojik gerçeğin siyasi temsili Parlamento cihazı gerçekleştirir. Liberal hukuki ideolojide parlamento egemenliğini meşrulaştırıcı temel budur. Bu anlamı ile seçim, bölünen sosyali bütünleştirilmiş Politige çevirme tekniği olmasının ötesinde, liberal devletin ideolojik yapısını da meydana getirir.”²⁶

“Eşitlik” ve “özgürlük” kavramları, siyasal alanla sivil toplum arasında temsil ilişkisini kurmada birleştirici öncüllerdir. Gerçek yaşamlarında eşit ve özgür olmayan insanların oluşturduğu parçalı ve çelişkili toplumu, soyut bir topluluğu ifade eden devlete bağlayan, farklı çıkarları siyasal alanda oluşan ortak çıkarda birleştiren ilkelerdir. *Temsili meclisler sivil toplumun farklı ve çelişik çıkarlarını, bütün ulusun çıkarları şeklinde soyut bir genelliğe dönüştürür.* “...Temsili parlamento bir evrensellik yanılsamasına dayanır...Parlamentonun evrensellliği farklı dilimlerin özgül çıkarlarının tümüyle ortadan kalkmasını sağlamaz kuşkusuz ama bunların belli bir dengede tutulmasını olanaklı kılar.”²⁷ Siyasal yapının meşruluğu bu yoldan sürekli üretilir.

Özetle klasik demokrasi, herkesin kuramsal olarak eşit ve özgür kılındığı toplumun, temsilcileri aracılığıyla yönetilmesidir. Klasik demokrasinin temel ilkeleri siyasete ve

²² a.k.

²³ Louis Althusser, **Politika ve Tarih**, I.B., V Yayınları, Ankara, Mart 1987, s.134.

²⁴ “İktidar iki yönlü bir olgudur; bazı konuların politik gündemde neden yer alamadığını anlayabilmek için yalnızca alınan kararlara değil alın(a)mayanlara da bakmak gerekir. Bakanlardan gelen tekliflerin reddedilmesi ya da aykırı değişikliklere uğraması çok değildir; fakat, genelde, düşüncelerin, bakanların sevimsiz bir politikayı kamuoyunda savunmaktan çekindiği için oluşum ve tartışma sürecinin ya da düşünce olmanın ötesine geçemeyişinin hangi sıklıkta gerçekleştiğini bilmeyiz. Parlamentonun gerçek etkisi de buradadır; göremediğimiz için büyüklüğünü ölçemeyiz de.” David Pollard & David Hughes, **Constitutional and Administrative Law (Text and Materials)**, Butterworth, 1990, s.206.

²⁵ Bu klasik ilkelerden uzaklaşılması, meclislerin ve genel olarak da siyasetin işlevsizleşmesi, saygınlığını yitirmesi ve depolitizasyonu sonucunu doğur.

²⁶ Çağlar, a.g.e., s.120.

²⁷ G. Savran, a.g.m., (11. Tez, Sayı 6.), s.56-57.

genel olarak da toplumsal yapıya meşruluk taşıyan ana kanallardır. Bu nedenle kurulan ilkeler örgüsü, kuramsal olarak taviz verilmez niteliktedir.

Bununla birlikte, yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi, yürütme organına yasa koyma yetkisi tanınması örneğinde olduğu gibi bu ilkelerde sürekli bir deformasyon yaratmaktadır. Bu durum gelişen toplumsal sorunlara demokratik ilkeler çerçevesinde yanıt bulunamayacak olmasından değil demokratik ilkelerin toplumsal gerçeklikle çelişikliğinden kaynaklanır.

Demokrasinin temel ilkeleri monarşilerden kopuşta şekillenmiştir. Halk (millet) egemenliği ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri²⁸ tarihsel kökeninde 1789 Fransız ve 1644 İngiliz devrimlerinde halkı yanına almış yeni sınıfın siyasal iktidar mücadelesinin temel taşıdır. Demokratik ilkeler kraldan alınan siyasal egemenliğin *sınıf ayrımı gözetmeksizin* (ilk olarak soyluluk üzerinden yaratılan dışlama, daha sonraki mücadelelerle de servet ve cinsiyet üzerinden yaratılan dışlama kaldırılarak genel oya ulaşılmıştır) bir bütün olarak halka bırakılmasıyla oluşturulmuştur.

Halk temsilcileri aracılığıyla meclisleri oluşturacak ve halkın iradesi temsilcilerinin iradesi şeklinde ortaya çıkacaktır. Halkın temsilcilerinden oluşan meclisler, sivil toplum alanının kamusal çerçevesini çezecek olan yasaları yaparlar. Yani halkın yönetileceği yasalar yine yurttaşlar tarafından temsilcileri aracılığıyla yapılmaktadır. Demokratik sistemin yasama organı meclislerdir. Bu bağlamda, halktaki siyasal tercihlerin yansıtıcısı (temsilcisi) olan meclisler, demokratik meşruiyetteki en üst kurumlardır.

Demokratik kurama göre, eşit ve özgür soyut bireylerin seçimiyle oluşur meclisler. Gerçekte ise, eşit ve özgür olmayan koşulların belirlediği somut bireylerin oluşturduğu meclislerde "belirli oranda" sınıflı, parçalı bir kompozisyon çıkar ortaya. Toplumsal yaşamdaki çatışmalar ve çelişmeler ve özellikle sınıflar arası ilişkiler ve çelişkiler demokratik kuramın öngörmediği biçimde siyasal alana yansır. *Eski sınıflar-burjuvazi karşıtlığında kurgulanan ilkeler burjuvazi-işçi sınıfı karşıtlığında yeni sorunlar karşısında kalmaya başlamıştır.*

Toplumsal ilişkilerin bu çelişkili karakteri, tarihsel olarak yeni sınıfın eski yapıya karşı yarattığı bütün ileri kurumların ve özgürlüklerin, yeni sistemi hem toplumsal tabanda hem de siyasal zirvede yıpratmasına, tehdit etmesine neden olmuştur. Yasama meclisleri de bu kurumlardan biridir.²⁹ Bu bağlamda sorunun etkin çözümü, kuramla çelişse de, ya-

²⁸ Bu ilke temsili demokraside içerilmektedir. Cem Eroğlu'nun da belirttiği gibi "Yasama ile yürütmenin kendi aralarında kaynaşık olması demokrasiyle bağdaşmaz." Cem Eroğlu, *Anatüze Giriş*, I. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1993, s. 73.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi kuvvetler arasındaki ayrılığın gerekliliğini vurgular, bunun derecesi farklı bir sorundur. "Kuvvetler ayrılığı ilkesinin üç siyasal kuvvetin kesin olarak, iletişimsiz ayrılığı olduğunu söylemek (Örn. Carre de Malberg bu yolda metinleri zorluyor.) 'Kanunların Ruhu' yapıtının karikatürünü çizmekten başka birşey değildir... Sorunun temelinde hukuk devletini yaratma endişesi vardır." Cemil Oktay, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği," *Anayasa Yargısı 1984*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No. 4, Ankara, 1984 s. 221.222.

²⁹ Bu ihtiyaç genel kamu hukukunun ele aldığı konularda belirgin biçimde ortaya çıkar. Pek çok konu, "öyle bildiğimiz şeylerin aslında öyle olmadığını kanıtlamaya" hasredilmiştir. "Herkes temel insan haklarına sahiptir" ilkesi "özgürlüklerin sınırlanması" sorununa, "herkes düşünce ve ifade özgürlüğüne sahiptir" ilkesi,

sama meclislerini devredışı bırakmaktır. Yukarıda değindiğimiz gibi, çözüm genel olarak “yürütmenin güçlendirilmesi” biçiminde belirmektedir.

Sınıflı bir toplumun temsili meclislerinden çıkacak yasaların sivil toplum ilişkilerinin gereksinimlerine uymaması³⁰ ya da yasa yapabilecek “mütecanis” çoğunluklar bulamama tehlikesi doğabilmektedir. Yasa yapma tekelinin meclislere bırakılması uzun, zahmetli ve riskli bir yolu kabul etme anlamına gelir. İhtiyaçların meclislerden yasalar şeklinde geçirilmesinin güçlüğünün yanı sıra, işlevli bir mecliste doğabilecek etkin bir muhalefetin toplumsal muhalefetle bağlantılanması tehlikesi de bulunmaktadır.

Bu güçlüğü aşmanın pek çok yöntemi vardır. En belirgin olarak ilk elde sayılabilecekler, anayasalarda ve ceza kanunlarında yer alan ideolojik sınırlamalar, parti yasaklamaları, seçim sistemleri, olağanüstü hallerde (ya da Türkiye’de olduğu gibi olağan dönemlerde de) yönetimde ordunun ve güvenlik teşkilatının ağırlığı, tıkanıklığın temsili kurumlarla aşamadığı zamanlarda ordunun yönetimi doğrudan ele alması, anayasal kurumlar dengesinde bürokrasinin ve cumhurbaşkanı, MGK gibi temsili olmayan kurumların ağırlığını artırması, meclis yapısının hantallaştırılması olarak sayılabilir. Yazımızın konusu olan kanun hükmünde kararname bunlardan yalnızca biridir.

“İçinde bulunduğumuz yüzyılın batılı toplumsal-siyasal örgütlenme sistemlerine meşruluğunu veren liberal demokratik değerler ile sözkonusu sistemin kurumları ve işleyişi arasındaki kırılma veya kopma biçiminde ifade edilebile(cek)”³¹ bir kriz yaşanmaktadır. Varolan toplumsal yapının ve özelde de siyasal yapının meşruluğu demokratik ilkeler dolayısıyla üretilmekte ancak toplumsal yapının çelişkili karakteri de bu ilkeleri korumayı zorlaştırmaktadır. Bunun sonucunda da hem demokratik ilkeler elde tutulmakta hem de bu ilkelerden, açıklanması kamu hukukçuları için çeşitli sorunlar ve kafa karışıklıkları yaratan, her düzeyde sürekli kopuşlar yaşanmaktadır.

KHK’nin Niteliği Konusunda Bir Öneri: Birlikte-Yasama

KHK Yürütmenin Yasa Koymasıdır

Bu genel saptamalardan sonra, 1982 Anayasası’nda düzenlenen kanun hükmünde kararnamenin niteliğini ele alabiliriz.

Kanun hükmünde kararnamenin hukuki niteliği ve bu niteliğe bağlı olarak “yasama yetkisinin devredilmezliği” kuralıyla ilişkisi, kurumun 1971 değişikliğiyle 1961 Anayasası’na girişinden beri tartışmalı bir konu olmuştur.

1982 Anayasası döneminde kanun hükmünde kararnamenin niteliği konusunda ileri sürülen, görüşleri iki temel başlık altında toplayabiliriz: 1) Kanun hükmünde kararnamayı yürütmenin genişletilmiş, olağanüstü ya da özerk *düzenleme yetkisinden kaynaklanan*

“özgürlüğü yok etme özgürlüğü yoktur” ilkesine, “örgütlenme özgürlüğü,” “parti yasakları” sorununa vb. dönüşmüştür.

³⁰ Güneş’in de belirttiği gibi, “Seçimlerin umumiliği, seçmenler kitlesini gayri mütecanis bir hale getirmiştir. Muhtelif içtimai sınıflara mensup insanlar, amme işleri karşısında aynı fikir ve kanaatleri taşımazlar. Bu bakımdan devlet iktidarının daha genişlemekle beraber, cemiyete verilmesi lazım gelen istikamet etrafındaki görüş birliği de temini daha zor bir mahiyet almıştır.” Güneş, *Parlemanter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi*, İstanbul Üniversitesi Yay., No.66, İstanbul, 1956, s. 51.

³¹ Levent Köker, *İki Farklı Siyaset*, I. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1990, s.14.

bir işlem olarak niteleyen görüş. 2) Kanun hükmünde kararnameyi biçimsel (organik) bakımdan yürütme organı işlemi, maddi (fonksiyonel) bakımdan ise yasama işlemi olarak niteleyen görüş.

Kanun hükmünde kararnameler, 1982 Anayasası'nda düzenleniş şekliyle, yürütme organının düzenleyici işlemi olarak kabul edilemez. Kanun hükmünde kararnameyi nitelemede biçimsel ya da maddi ölçütün kullanılması farklı bir sonuca ulaştırmaz.

Düzenleyici işlem, belli kişi ve durumlara ilişkin olmayıp, genel ve soyut hukuk kuralları koyan idari işlemlerdir. "Burada, yasama işlemleri, yani kanunlarla 'düzenleme' değil, yürütme ve idare organ ve makamlarınca çeşitli başlıklar altında yapılan 'tanzim etme' sözkonusu olup; bunlar, birel olmayan, genel, nesnel, tükenmez kural-işlemler niteliğinde idari tasarruflar halinde ortaya çıkmaktadır."³² Düzenleyici işlemler gerek biçimsel (organik) gerekse maddi (işlevsel) bakımdan idari tasarruflardır.

Biçimsel ölçüt, işlemin niteliğini saptamak için "işlemi yapan organı" esas alır. Yasa, onu yapan organa ve işlem yapılırken izlenen usule göre tanımlanır. Biçimsel ölçüte göre, düzenleyici işlemle yasa arasında içeriksel bir fark yoktur. "Buna göre tanzimi tasarruf ile kanun yalnız formel bakımdan yani bunları yapan organ ve salahiyet noktasından farklıdır; zatı madde ve muhteva bakımından birbirinin aynıdır. Çünkü ikisi de emperatif, umumi ve gayri müşahhas kaideler ihtiva eden birer devlet buyruğudur."³³ *Düzenleyici işlemle yasa arasında nitelik farkı yoktur. Fark derece farkıdır.*³⁴ "Belli bir alan kanunla gösterildikten sonra düzenleyici işlem bu alanda her kuralı koymağa yetkilidir."³⁵

Biçimsel ölçütün, yalnızca işlemi yapan organı esas aldığı kabul edilirse kanun hükmünde kararname idari işleve aittir ve bir düzenleyici işlem olarak kabul edilebilir. *Ancak, biçimsel ölçüte göre de yürütme işleminin niteliği kanun çerçevesinde tanımlanır. kanun hükmünde kararnamenin, yasa ile arasında bir derece farkı mevcut değildir. KHK'ye kanun hükmünde olma niteliğini veren de yürürlükteki yasaları değiştirebilme gücüdür.*

Özetle, biçimsel ölçüte göre kanun hükmünde kararname, *yürütme organının bir işlemidir* ancak yasaları değiştirebilme gücü, yasayla arasındaki derece farkını kaldırdığından yürütme organının düzenleyici işlemi olarak kabul edilemez.

"Düzenleme yetkisinin 'özerk' nitelikte olması ise, yetkili organ ve makamların, düzenleyici işlemleri yapmaya girişirken, Anayasa'da veya kanunlarda bir dayanak ve tutamak aramak ve bulmak zorunda olmadan, herhangi bir konuyu serbestçe, diledikleri gibi dü-

³² Lütfi Duran "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, yıl:4, sayı 1-3, İstanbul, 1983, s.34.

³³ Ali Fuat Başgil, "Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mevhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tabii Olduğu Hukuki Rejim," *Prof. Rektör Cemil Bırsel'e Armağan*, İstanbul, 1939, s.29.

³⁴ Sıddık Sami Onar, "Nizamname ve Talimatnameler," *İzmir Baro Dergisi*, İzmir, sene 2, İkincikanun, 1937, sayı 3-7, s.264; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* 1.cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.380,381; Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBF Yay.,Ankara, 1965, s.28.

³⁵ Güneş, a.k., s.28.

zenleyebilmeleridir.”³⁶ Yürütmenin özerk düzenleme yetkisi, yetkinin kaynağı bakımından kanunlara bağlı olmasa da, kanunlara uygun olmak zorundadır; kanunları değiştirebilmeyi içermez. Zira, “kanunları tamamlamak amacıyla kullanılan ama bir kanundan türemeyen, bir kanunla hiçbir bağılılığı olmayan nitelikteki özerk düzenleme yetkisi”³⁷ “kanun-icra yani yasama alanının sadece boş kalan yerlerinde cerayan edebilir”.³⁸

Bir yetki kanununa dayanmak zorunda olan olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin, özerk düzenleme yetkisinin kullanımı olarak nitelenemeyeceği açıktır. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ise bir yetki kanunu gerektirmez. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri Anayasa’dan kaynaklanan yetkiyle bir alanı doğrudan doğruya düzenleyebilir. Ancak bu durumu dahi özerk düzenleme yetkisinin kullanımı olarak nitelemek mümkün değildir. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri, yasaları (ve anayasayı) değiştirebilme gücüyle yürütme düzeyinde değil yasama düzeyinde yer alır.³⁹ *Kanun hükmünde kararnamenin, yasa ile arasında bir derece farkı mevcut değildir.*

Maddi ölçüt esas alınarak yapılan değerlendirmeye de kanun hükmünde kararnameyi yürütme organının düzenleyici işlemi olarak nitelemek mümkün değildir. İşlemleri nitelirmede kullanılan maddi ölçüt, “fiili yapan uzva atfolunan vasıftan müstakil olarak o fiilin deruni vasfını tayin”⁴⁰ etmeyi esas alır.

Maddi ölçüte göre kanun, “mücerret, ifa ve riayeti mecburi bir kaideyi ihtiva eden objektif bir hukuki tasarruftur.” “Kanun *umumiyyet* tarıkı ile vazedilmiş bir hükümdür. Kanunun umumi olmasından mücerret olması yani nevi ve şahıs nazarı itibara alınmayarak vazedilmiş bulunması neticesi de çıkar.”⁴¹ “*Teşrii fiil bir hukuki kaidenin formülüdür; idari fiil ise hukuki bir vaziyetin ihdasından veya bu vaziyetin doğmasına şart teşkil etmesinden ibarettir.*”⁴²

Kanun hükmünde kararnameler, belli kişi ve durumlara ilişkin olmayıp genel ve soyut kurallar koyan işlemlerdir. Bu bağlamda maddi ölçüte göre, kanun hükmünde kararnamelerin “kanun” olarak nitelendirilmeleri gerekir.

Öğretide, maddi ölçüt esas alınarak yürütmenin düzenleyici işlemleri de “kanun” olarak nitelenmektedir. Bu durumda, maddi ölçüte göre değerlendirildiğinde, hem düzenleme yetkisinin hem de kanun hükmünde kararnamenin “kanun” sayılması gibi çelişik bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Yürütme organının düzenleyici işlemleri de, belli kişi ve durumlara ilişkin olmayıp genel ve soyut kuralları koyan *idari* işlemlerdir.

³⁶ Duran, a.g.m., s.34-35.

³⁷ Erkut, a.g.e., s.67.

³⁸ Duran, a.g.m., s.40.

³⁹ a.k., s.40.

⁴⁰ Leon Duguit, *Leon Duguit'nin Cemiyet, Hukuk ve Devlet Nazariyeleri*, çev.Dr.Etem Menemencioğlu, T.C. Maarif Vekilliği Siyasal Bilgiler Okulu Yayınları, İstanbul, 1939, s.79.

⁴¹ a.k., s.73.

⁴² a.k., s.80.

Maddi ölçütün genel kabul gören kavranışında, ölçütün kanunu, genellik, soyutluk, objektiflik ve kural koyma niteliğiyle tanımlandığı kabul edilmektedir. Kanımca maddi ölçüt kanunu nitelerken kural olmanın doğal sonucu olan genellik, soyutluk ve nesnellik niteliklerinin yanı sıra, içeriğe ilişkin bir değerlendirmeyi de esas almaktadır.

Başgil'e göre, "teşrii bir kaide, ölçü, miyar, prensip teşkil eden kaide demektir. Tanzimi kaide de, düzen verici mevcut ve müesses bir hükme göre tertibine koyucu, teknik ve metod kabilinden demektir".⁴³ "Söz manaya delalet eder. Mademki kanun ve (nizam) diye iki söz ve iki tabir vardır; bunların kendilerine özgü mahiyetleri vardır ve şudur: *Kanun sosyal hayatın direktifleri ve düsturlarıdır, (nizamname) ise mevcut ve mevzuu ahkam dairesinde muayyen bir tertip ve düzen ifade eder.*"⁴⁴

Yürütme organının düzenleme yetkisi, kanunla belirlenen düsturlar çerçevesinde genel ve soyut kuralları koymayı ifade eder. Bu bağlamda yürütme organının düzenleyici işlemleri kanuna göre ikincil olmalıdır.

Düzenleme yetkisinin kökeninde idarenin takdir yetkisi vardır. "İdarenin düzenleme yetkisi, İdarenin takdir yetkisinden ve Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği olan Belirlilik ve Düzenli İdare ilkesinden ve bunların da dayanağını teşkil eden Eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır. İdare Eşitlik ilkesine uygun olarak takdir yetkisini kullandığında, zaten zımni bir düzenleme yapmaktadır. İdarenin zımnen yaptığı bu düzenlemeyi açık bir biçimde yapmasına hiç bir engel yoktur."⁴⁵ "İcra ve idare fonksiyonu yapısı itibarıyla bir takım kaide tasarrufları yapma imkanına maliktir ve hatta idarede eşitliği sağlamak, hizmetten faydalanacaklar için eşit muamele yapmak, idarenin tarafsızlığını temin etmek için bu tasarrufları yapmak mecburiyetindedir"⁴⁶

Bu bağlamda yürütme, yasalarla çizilen çerçeve içerisinde, demokratik usullerle görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş organın (organik unsur) gerekli düzeni, uygulamayı yani yönetimi sağlamasıdır (maddi unsur). Bu amaçla alınan kararların genel, soyut, objektif ya da ferdi ve müşahhas olup olmamasının bir önemi yoktur. Yasama ve yürütme organlarının birbirlerinin işlevlerini görmeleri mümkün olmamalıdır.⁴⁷

Kanun ile düzenleyici işlem arasındaki fark yalnızca genellik, nesnellik farkı değil bir içerik farkıdır. Bu husus, Başgil'in aktardığı Portalis'in sözlerinde net bir biçimde belirtilmektedir. "Kanunlar (nizamname)lerden ayrılır. Her sahada ve her husus için esas kai-

⁴³ Başgil, a.g.m., s.23.

⁴⁴ a.k., s.45-46; Leon Duguit'e göre, "Maddi mahiyeti bakımından kanun, devletin objektif bir kaideyi formüle ettiği yahut bu objektif hukuki kaidenin tatbikını temine muktazi kaideleri ihdas ve müesseseleri tanzim ettiği fiildir." "Teşrii fiil hukuki kaidenin formülüdür; idari fiil ise hukuki bir vaziyetin ihdasından veya bu vaziyetin doğmasına şart teşkil etmesinden ibarettir." Duguit, a.g.e., s.72, 79.

⁴⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku Dersleri I*, çoğaltma. A.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Ankara, 1990, s.124.

⁴⁶ Onar, a.g.e., (1966), s.391.

⁴⁷ Fonksiyon gasbından farklı olarak yasama-yürütme ilişkileri mümkündür ve bu bir hükümet sistemi sorunudur. "Hayat ve münasebetlerle daha yakından temasta bulunan icrai ve idari makamlar, içtimai nizamda gördükleri eksiklikleri, millî hayat ve faaliyetin terakki ve inkişafı için lüzumlu saydıkları tedbirleri, kanun lahiyası halinde BMM'sine teklif ederler... Umumi aleni müzakereye konulur. Yani memleket akliselimî ile ölçülür, memleket muvacehesinde müzakere ve münakaşa edilir. Bu sayede teklif üzerinde memleket efkârı umumiyesinin aldığı vaziyet tebarüz eder.", Başgil, a.g.e., s.91.

deler vaz etmek ve muamelelerin esas formlarını tayin etmek kanunlara aittir. Tatbikata dair tafsilat, muvakkat yahut istisnai ihtimamlar, anı yahut çabuk değişen vaziyetler, bir kelime ile vaz ve tesis eden otoritenin değil de idare ile mükellef olan organın nezaretini icap eden şeyler (nizamnameler) çerçevesine girer. (Nizamnameler) hükümet adamlarının, kanun ise hakimiyetin eseri ve buyruğudur.”⁴⁸ Bu içeriksel fark hukukumuzun tarihsel gelişiminde de belirgindir.⁴⁹

Bu saptama, günümüz tartışmalarında tamamen unutulmuş bir noktaya da işaret etmektedir. Temsili demokrasi. Demokrasilerde bireylerin kendi yaşamlarının yönetimine katılması ancak temsilcileri aracılığıyla mümkündür ve bu nedenle toplumsal yaşamı düzenleyecek kurallar da temsilcilerin eseri olmalıdır.⁵⁰ Temsili demokrasinin çıkış gerekçesi, varlık nedeni toplumu yönetecek kuralları çıkarma yetkisinin toplumun temsilcilerine verilmesidir. Toplumsal yaşamın kamusal çerçevesini çizme anlamında kural koyma yasama meclislerinin fonksiyonudur. Oluşan temsili meclisler bu nedenle “yasama organı” olarak adlandırılmıştır.

“Kanun Devlet faaliyetlerinde hâkim olan en mühim prensiplerin mâkes’idir. Binaenaleyh bu fonksiyona halkın iştiraki tabi sayılmak lazım gelir.”⁵¹

Bu noktada biçimsel ölçütün işlemi yapan organa verdiği önem farklı bir vurguyla devreye girmektedir. Kanunca, işlemlerin nitelenmesinde yalnızca maddi ölçüt kullanılarak

⁴⁸ Projet de code civil du 24 Thermidore An VIII, Discours préliminaire, sayfa XXII’den aktaran a.k., s.28.

Metinde, tanzimi tasarruflar “nizamname” özelinde ele alındığından parantez içindeki “nizamname” terimi yerine “tanzimi tasarruf” teriminin kullanılmasının fark yaratmayacağını düşünüyoruz.

⁴⁹ Osmanlı’da Tanzimattan önce hakiki kural koyucu (şeri) Allah’tır. Şariat kaidelerini tamamlamak için kanun, kanunname ve nizamname adı altında kural konmaktadır. “Kanun ve kanunname adı altında konmuş olan ahkam şariat kaidelerini tamamlayacak ve bunların tatbikatını kolaylaştıracak bir nevi nizamname veya talimatname olmaktan öteye gidememiştir,” Talat Kamil, “Türkiye’de İdari Nizamnameler,” *Siyasi İlimler Mecmuası*, No.59, 1936, s.41; Bununla birlikte kanunla nizamname arasında içeriksel bir fark vardır. “Devletçe çok mühim görülen; devamlı ve istikrarlı bir kaideye bağlanması zaruri sayılan münasebet ve meseleler mutlaka bir kanun ile tesbit olunmuştur.” Başgil, a.g.e., s.36. Tanzimat devrinde, kanun ve nizamname teknik olarak birbirinden ayrılmıştır. “1839’dan beri kaide muameleler sahası gittikçe genişlemiştir.” Başgil, a.g.e., s.37. Bununla birlikte aralarındaki sınır korunmuştur. “Kanun şer’an ve teamülen mevcut ve müesses hak ve vazifenin iktisap ve ifası şekil ve suretini tesbit ve tayin eder. Nizamname ise, kanun ile bu yolda tayin edilen hak ve vazifenin subutu şekliyle idarece usulüne tevfiği sureti gösterilir...Mevcut ve müesses hukuki nizamda yahut hukuki teamülde esası değişiklik nizamname ile değil, ancak bir kanun hükmü ile yapılabilir”. Muhtar Çağlayan, “İcra Organının Kaide Muameleleri - Nizamnamelerin Hukuki Mahiyeti,” *Türk İdare Dergisi*, Cilt XXXI, No. 263-264, 1960, s.14. “Buna mukabil, hemen bütün teşkilat meseleleri, memurun vezâilî ve devair muameleleri nizamnamelerle tesbit olunmuştur.” Başgil, a.g.e., s.41.

1876 Kanun-ı Esasisi’nde de bu alanlar içerikleri bakımından ayrılır. 7. maddeye göre, nizamnameler, ahkamı şer’iye ve kanuniyenin icrasına ve devairi devletin muamelelerine ilişkin ahkamı ihtiva eder. Kanun-ı Esasi ile, “kanun sosyal hayatın umumi esaslarını ve prensiplerini ihtiva etmesi lazım gelen hükümler ve kaideler kabul edilmiş ve tabiatı ile kanun yapma salâhiyeti amme efkarına, ihtiyaç ve kanaatlerine tercüman olan meclset heyetine verilmiştir.” Başgil, a.g.e., s.42.

⁵⁰ Temsil, meclisleri ve meclislerin bir bütün olarak çalışmasını varsayar. Meclis içinden çıkan hükümetin elbette temsili niteliği vardır, ancak milletin temsilcisi değil bir fikrin (partinin) temsilcisidir, bir programı uygulamak için hareket eder. Halkın temsili ise meclisin bütününde gerçekleşir.

⁵¹ Turan Güneş, a.g.e., (1956), s.48.

yapılan saptama eksik kalacaktır; zira, özellikle yasa bakımından, işlemin niteliği ile işlemi yapan organ arasında önemli bir bağ mevcuttur.

Varolan demokratik sistemde yasa temsili meclislerin ürünü olmalıdır. Toplumsal ilişkilerin kamusal çerçevesi (içeriksel unsur) yasalarla çizilmektedir ve bireylerin bu oluşuma katılımı ancak temsilcileri aracılığıyla, yani temsili sağlayan meclisler aracılığıyla mümkündür. Demokratik sistemde yasa, temsilin ürünü olmalıdır (biçimsel unsur). Bunun dışındaki durumlar, yasama yetkisinin demokratik olmayan biçimde kullanılmasıdır.⁵²

Özetle, biçimsel ve maddi ölçüt, farklı bir vurguyla anlamlandırılarak telif edilmelidir.

Kanun hükmünde kararnamenin gerek biçimsel ölçüt gerekse maddi ölçüt bakımından yasa olduğu açıktır. Kanun hükmünde kararname, *yürütme organının yasa koymasısıdır*. 1982 Anayasası'nda yürütme organı artık yasama işlevine ortak olmuştur.⁵³

Demokratik ilkeler gereği halkın temsilcisi olan mecliste bulunması gereken yasama işlevi, KHK'ler aracılığıyla yürütme organı tarafından paylaşılmaktadır. 1982 Anayasası'nın kanun hükmünde kararname uygulaması "demokratik olmayan yasama" olarak nitelenebilir. Toplumsal yaşamın hukuksal çerçevesi ağırlıklı olarak KHK'lerle çizilmektedir. Code niteliğindeki yasaların değiştirilmesinden, devlet teşkilatının biçimlendirilmesine kadar, devlet ve sivil toplum alanının birçok düzenleme ihtiyacı KHK'lerle karşılanmaktadır.

1982 Anayasasının kurduğu sistemde, "sosyal hayatın direktifleri ve düsturları" olağanüstü dönemlerde tamamıyla, olağan dönemlerdeyse ağırlıklı olarak yürütme organınca belirlenmekte; toplumsal hayatın hukuksal çerçevesi yürütme organınca oluşturulmaktadır. Yürütme organı yasama işlevini paylaşmaktadır.

Demokratik kurama göre, toplumsal ilişkilerin hukuksal çerçevesi (maddi unsur) yasalarla çizilir ve bireylerin bu oluşuma katılımı ancak temsilcileri aracılığıyla yani temsili sağlayan meclisler (biçimsel unsur) aracılığıyla mümkündür. Bu süreci dışlayan kanun hükmünde kararname uygulaması yasama yetkisinin demokratik olmayan bir şekilde kullanılmasıdır.

Bu ve benzer eleştirilere karşı "inisiyatifin mecliste olduğu; yetkiyi verenin de, çıkarılacak KHK'ler üzerinde son sözü söyleyenin de Meclis olduğu" argümanı getirilmektedir.

Bu argümanın olağanüstü dönem KHK'leri için doğru olmadığı rahatlıkla saptanabilir. Olağanüstü dönem KHK'leri için yetki yasasına ihtiyaç duyulmamakta, yetki doğrudan Anayasa'dan alınmaktadır. Meclis'in çıkarılan KHK'ler üzerinde son sözü söylemesi ise fiilen imkansızlaşmaktadır. Zira bir yetki kanununa ihtiyaç olmadığından ve sayı sınır-

⁵² Örneğin, Yıldırım ULER, 12 Eylül Döneminde askeri yönetimin koyduğu kuralların "yasa" niteliğini sorguluyor. "Kelsenci yaklaşımda hukuk kuralı da emir içerir, ama bu her paşa emrinin hukukça benimsenebilir bir yasa olacağı anlamına gelmez." Yıldırım Uler, "1402'nin Sonu," *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Cilt 14, Sayı 117, Mart 1990, s.42/dpn.4.

⁵³ 1982 Anayasası'nda "yasakoyucu" terimi artık yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni anlatmamaktadır.

laması da bulunmadığından Meclis gündemindeki KHK'lerin sürekli yürürlükten kaldırılması, yenilerinin çıkarılması mümkündür.

Anayasa Mahkemesi de bu kaygıyı dile getirmiştir. "Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı KHK'yi TBMM onaylamadan yürürlükten kaldırması durumunda bu tür KHK'ler üzerinde siyasal denetim olanağı kalmayacaktır. Olağan KHK'lerden farklı olarak sıkıyönetim ve olağanüstü hal KHK'lerinin bir yetki yasasına da gereksinimi olduğu düşünülürse, belirtilen sakıncanın ne derece önemli olduğu anlaşılacaktır."⁵⁴

Olağanüstü dönem KHK'lerine ilişkin bu özelliği bir yana, bu argüman KHK'nin varlık nedeniyle çelişiktir. Meclisin KHK sürecine etkin müdahalesi, KHK'den beklenen yararları geçersiz kılacaktır. Madem ki yasama organları ve yasama süreci birtakım eksikliklerle malüldür ve bu nedenle yürütmenin düzenleme yetkisi genişletilmekte yürütmeye KHK çıkarma yetkisi verilmektedir, o takdirde Meclisin KHK sürecini denetiminde (inisiyatifinde) tutması aksaklıklara çözüm olarak getirilen kurumu da aksacaktır. Örneğin yetki yasasında yetkinin yasama yetkisinin devri anlamına gelmeyecek denli belirginleştirilmesiyle doğrudan kanun çıkarma arasında ne fark vardır? Ya da yürütmece çıkarılan KHK Resmi Gazetede yayımlandığı gün meclisin toplanıp KHK'yi hemen ele aldığını ve bunun bütün KHK'ler için yapıldığını varsayalım. Bu durumda KHK'yi denetlemekle kanunlar çıkarma (olağan yasama faaliyetinde bulunma) arasında zaman, pratiklik ve Meclisin zaafı bakımından ne fark vardır?

Ayrıca, KHK'nin gerekçesi olarak ileri sürülen "meclisin iş yükü fazlalığı", meclis denetiminin güçlüğüne başka yönüne vurgu yapmaktadır. KHK'ler yayımlandıkları gün TBMM'ne sunulmak zorundadır (Anayasa md. 91/son, 121/son, 122/III). Meclis sunulan KHK'yi istediği gibi değiştirebilir veya tamamen reddedebilir. Ancak Meclise sunulan KHK'lerin çabuk görüşülmesini sağlayıcı bir yöntem (örneğin zorlayıcı süre) düzenlenmemiştir. Bu, KHK'lerin Meclis'te yığılmasına neden olmaktadır. Ayrıca, Meclisin gündeminde bekleyen ve hatta görüşülmekte olan bir KHK'nin başka bir KHK ile değiştirilmesi de olanak dahilindedir. Bu, sınırlı mesai ile yetinen Meclisin kilitlenmesi demektir. Sonuç Meclis için bir ikilemdir: Meclis ya siyasi denetim yapacak ve başka hiçbir şey yapmayacak ya da olağan yasama faaliyetinde bulunacak ve etkili bir denetim yapamayacak, bunun sonucunda da *yasama işlevini yürütme ile paylaşacak*.

"İnisiyatif Meclistedir. Yetkiyi veren de, çıkarılacak KHK'ler üzerinde son sözü söyleyen de Meclistir" argümanı Anayasa'nın 91. maddesinin son fıkrası hükmü karşısında da değerini yitirmektedir. "Türkiye Büyük Millet Meclisince reddedilen kararnameler bu kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer." Meclisin red veya değiştirme kararları ileriye dönük sonuç doğuracaktır. Meclisin toplanıp KHK'yi karara bağlama süresi çok kısa da olsa, Meclisin yürütmenin yarattığı hukuki sonuçlara müdahale etme imkanı bulunmamaktadır. Meclisin yasa çıkarıp bu etkileri ortadan kaldırması da çoğu zaman "yasaların geriye yürümezliği", "kazanılmış hak", "hukuki istikrar" vb. ilkelere aykırı olacaktır. Söz konusu

⁵⁴ E.1990/25, K.1991/1, k.t.10.1.1991, AMKD. Sayı 27, Cilt.1, s.103-104.

olan madde 91/son hükmünün eleştirilmesi değildir. 91/son hükmü zorunlu bir sonuçtur. Konulan kuralın hukuka aykırılıktan değil de siyasi yerindelikten geçmişe yönelik olarak Meclisçe kaldırılması hukuki istikrarı bozma ve kazanılmış hakları ihlal etme tehlikesini doğurur. 91/son hükmü “Meclis son söz söyle” argümanını savunanların gözden kaçırdıkları KHK ile siyasi denetimin çelişikliğinin doğal sonucudur ve “son söz”ü herşey olup bittikten sonra söylenen söz derecesine indirir.

Özetle hem meclislerin yasama süreci etkisiz, yürütmeye KHK çıkarma yetkisi verilmeli demek ve hem de KHK’ler üzerinde etkili bir meclis denetiminin varlığını savunmak çelişkili bir yaklaşımdır.

Ayrıca “inisiyatif Meclistedir. Yetkiyi veren de, çıkarılacak KHK’ler üzerinde son sözü söyleyen de Meclistir.” görüşü “meclis” kavramına yüklediği anlam bakımından da hatalıdır. Meclis, meclis çoğunluğu (çoğunluk partisi) demek değildir. Yasama sürecinin çoğunluk partisinin denetiminde olduğu, yasaların büyük çoğunluğunun hükümet kökenli (kanun tasarısı) olduğu bir gerçekliktir. Bu, meclis platformunda gerçekleşen, yasama sürecini dışlamayan, parlamentarizmin doğal sonucu olan bir üstünlüktür ve bu süreç içinde yer alması gereken konuların, yasama işlevinin, belli süreyle “meclis zemin”inden yürütme organının yetkilerine aktarılması sonucunu haklılaştıramaz. Meclis çoğunluğu yasama sürecine hakimdir ancak bu hakimiyet *çoğunluğun “meclisi”* dışlaması sonucunu doğuramaz. Meclisler temsili demokrasilerde, farklı görüşlerin siyaset alanına aktarılmasının ve yönetime katılmasının temel kurumlarıdır. Meclisler temsilin gerçekleştiricisidir. Bu bağlamda, meclislerden beklenen yalnız çoğunluğun görüşlerinin tezahürünün sağlanması değil, azınlıkta kalan görüşlerin de katılımıyla genel iradenin oluşumunun sağlanmasıdır. “Parlamentar rejim ‘ekseriyetin hükümeti’dir. Ancak ekseriyete ekalliyeti de katmanın gerekliliği unutulmamalıdır.”⁵⁵ Çoğunluk ve azınlık arasındaki güç oranı da önemli değildir. Meclis olası tartışmaların demokratik platformudur. Azınlık etkisiz bile olsa, yasama sürecinin meclis bünyesinde gerçekleşiyor olması başlı başına demokratik bir niteliktir.⁵⁶

KHK Yasama Yetkisinin Devri Değildir

KHK kurumu, meclisin yasama yetkisini yürütme organına devretmesi (delegasyon); belli konuların meclisin yasama alanının dışına çıkarılması (delegalisation); belli konulara ilişkin kanunların düzenleyici işlem konumuna indirilmesi (declassament); yasama yetkisinin kullanılmasında yeni ve değişik bir yöntem⁵⁷ ya da genişletilmiş bir düzenleme yetkisi değildir.

Yetki devri (delegasyon) görüşüne göre, kanun hükmünde kararname, meclisin, yürütme organına kendi yerine geçerek yasama yetkisi kullanması hususunda yetki devretmesidir.⁵⁸ “Yetki devrinde bulunan kişi veya organ, belirlediği süre dolmadıkça bu yetkiyi

⁵⁵ Güneş, a.g.e., (1956), s.101.

⁵⁶ Bkz. dipnot 47 (Pollard’ın sözleri).

⁵⁷ Oytan, a.g.m., (Onar Armağanı) s. 593.

⁵⁸ Kuzu, a.g.e., s.190.

artık kendisi bizzat kullanamaz; her an geri alabilir fakat bizzat kullanamaz.”⁵⁹ 1982 Anayasası’nın düzenlediği kanun hükmünde kararname kurumunda meclis yasa koyma yetkisinden belli süreyle vazgeçmemektedir; bu anlamıyla yetki devri (delegasyon) sözkonusu değildir. Gerek olağan ve gerekse olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinde, Meclisin ve yürütme organının kural koyma yetkisi birlikte sürmektedir. Ayrıca, Anayasa’nın 7. maddesiyle yasama yetkisinin devri açıkça yasaklanmıştır.

Declassement (veya délégalisation) yasama organının kendi yetki alanında olan belli konuları geçici bir süre için yasama alanından yürütme alanına aktarmasıdır.⁶⁰ Bu alanda çıkarılacak kararnameler birer idari işlemdir.⁶¹ Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi “kanunla düzenlenecek konuların yürütmenin düzenleme alanına sokulması, ya da yasama alanından çıkarılması (délégalisation) sonucunu doğurmamaktadır.”⁶² Çıkarılacak kuralların “kanun” hükmünde olması da kanun hükmünde kararnamenin declassement (délégalisation) niteliğinde olmadığını gösterir.

Kanun hükmünde kararname, yasama yetkisinin meclisçe kullanılmasının yeni ve değişik bir yöntemi de değildir. Yetki yasası çıkarmak meclisin yasama faaliyetidir ancak, buna dayanarak, yürütme organınca kanun konması “meclisin yasama faaliyeti” sayılmaz.

KHK, meclis çoğunluğunun ve olağanüstü dönemlerde doğrudan anayasanın, belli konuları belli süreyle yürütmenin yasa gücünde kural koymasına açmasıdır. Meclis çoğunluğu -olağanüstü dönemlerde doğrudan Anayasa-, yetki yasalarıyla belli konuları belli süreyle yürütmenin yasa gücünde kural koymasına açmaktadır. Sözkonusu alanlarda hem yürütme organı hem de meclis yasa yapabilecektir. İki organın yetkisi birbirini dışlamaz. Bu nedenle yasama yetkisinin devri değil “birlikte kullanılması” sözkonusudur. Yasama yetkisinin bu birlikte kullanımı olağan dönemlerde çıkarılacak yetki yasalarıyla sağlanırken, olağanüstü dönemler için bizzat Anayasa tarafından öngörülmüştür. Olağanüstü dönemlerde de birbirlerinin yetkilerini dışlamadan meclis ve yürütme organı yasama faaliyetinde bulanabilecektir.

Kanun hükmünde kararnamelerle, meclisler ve yürütme organı arasında yasama işlevi üzerinde -sınırlı (konuyla ve zamanla)- bir birliktelik (ortaklık) yaratılmıştır.

1982 Anayasası’nda bu birlikteliğin yaratılmasında “Meclisin” inisiyatifi zayıflatılmıştır. Olağanüstü dönemler için “yasama birlikteliği” doğrudan Anayasa’ca sağlanmıştır. Anayasayı değiştirmeden Meclisin bu yetkiye müdahalesi mümkün değildir.⁶³ Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleriye, “meclis çoğunluğunun hükümetle yetki birlikteliği sağlamasını kolaylaştırıcı; kullanılan yetkinin denetimini sınırlayıcı bir anlayışla düzenlenmiştir.

⁵⁹ Oytan, a.g.m., (Onar Armağanı), s.591.

⁶⁰ Kuzu, a.g.e., s.214; Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 2. B., Beta Yayınları, İstanbul, 1991.s.19.

⁶¹ Teziç, a.k., s.19.

⁶² a.k., s. 28.

⁶³ “Yasama organının üstünlüğü, sadece parlamentonun kanun yapabilmesi değil, diğer kurumların ancak parlamentonun verdiği izin ve yetki ile kanun yapabilmesi demektir.” Ekrem Serim, “İngiltere’de Yürütme Organının Yasal Kararlar Çıkarma Yetkisi,” **Onar Armağanı**, İstanbul, 1977, s.823; Ergun Özbudun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi,” **A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 65-66, 1968, s.65.

Bunlara kısaca değinmek gerekirse, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, çıkarılan KHK'de yetkinin hangi yasayla verilmiş olduğunun belirtilmesi zorunluluğu da kaldırılmıştır. Daha da önemlisi, birçok müellifçe KHK'nin yasama fonksiyonuna dahil olup olmadığının ölçütü olarak kabul edilen, "yetki yasasında, yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi" zorunluluğu 1982 Anayasası düzenlemesinde aranmamaktadır. Verilen yetki süresi içinde, bakanlar kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi KHK çıkarma yetkisini etkilemeyecektir.

Görüldüğü gibi Anayasa geniş yetkiler vermeyi ve verilen yetkiyi kullanmayı kolaylaştırıcı düzenlemeler getirmiştir. Elbette bu hükümler hükümete bir hak bahsetmez. Meclisin -olağan dönemler için- yetki vermemesi veya yetki yasalarını oldukça sınırlayıcı formüle etmesi hukuken mümkündür. Ancak bu hukuki bir spekülasyon olmaktan öteye gidemez. Hükümetin, meclis çoğunluğu aracılığıyla olabildiğince geniş yasama birliğine kurmak istemesi kaçınılmazdır.

Anayasa madde 7

1982 Anayasası'nın "yasama yetkisi" başlıklı 7. maddesine göre, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez." Yukarıda da belirttiğimiz gibi KHK'ler "yasama yetkisinin devri" değil, birlikte kullanılmasıdır ve bizzat Anayasaca öngörülmüştür.

Anayasanın hükümleri arasında *aykırılık* olması, bir hükmünün başka bir hükmüne aykırı düşmesi sözkonusu olamaz. Anayasanın 91, 121 ve 122. maddelerinde düzenlenen KHK'lerin yasama yetkisinin devri olduğunun kabulü, bu maddelerin Anayasanın "yasama yetkisinin devredilemezliğini" düzenleyen 7. maddesine aykırılığı sonucuna varmak durumundadır.

Anayasa'nın 7. maddesi ile kanun hükmünde kararnameyi düzenleyen diğer maddeleri arasında bir çelişki yoktur. Anayasanın, yeni bir işlev paylaşması sözkonusudur. Yasama fonksiyonu meclis ile yürütme organı arasında birliktelik yaratılacak şekilde düzenlenmiştir. KHK'nin anayasa hükümlerine aykırılığı ya da bu hükümlerle çelişikliği sözkonusu değildir. Çelişiklik ya da aykırılık, anayasalardan bağımsız bir kavram olan "demokratik ilkeler" kıstasına göre değerlendirilmelidir.

Kanun hükmünde kararnameler, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının "anayasal istisna"sı sayılamaz. İstisna, kural dışı olma, genel yapıdan farklı olmayı ifade eder. Kanun hükmünde kararnameler, 1982 Anayasasının, yasama yetkisinin kullanımında organlar arasında yarattığı genel yapının bir parçasıdır. İstisna kavramı, aykırı olmayı, çelişik olmayı da içerir. KHK'ler ile 1982 Anayasası hükümleri arasında böyle bir çelişiklik, aykırılık da yoktur. Ayrıca, KHK'ler, istisna sayılamayacak denli geniş ve yaygın bir uygulamaya sahiptir.

Bunların yanı sıra, kanun hükmünde kararname kurumunun Anayasa'nın 7. maddesine göre değerlendirilememesinin temel nedeni, KHK'lerin "yetki devri" kavramıyla açıklanamayacak olmasıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, yetki devrinde bulunan kişi veya organ, belirlediği süre dolmadıkça devrettiği yetkiyi artık kendisi bizzat kullanamaz; her an geri alabilir fakat bizzat kullanamaz. Gerek olağan dönem kanun hükmünde karar-

namelerinde gerekse olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinde yürütmenin yetki alanı meclisin yasamasına da açıktır.

Bu durumda, 7. maddenin “Yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez” kuralı nasıl değerlendirilmelidir?⁶⁴

“‘Yetki’den anlaşılması gereken, bir işlemin, Anayasa’nın yetkilendirdiği organ veya organlar tarafından ve sadece onlarca ve Anayasa’nın çizdiği görev alanı içinde yapılmasıdır.”⁶⁵ Anayasanın 6. maddesine göre, egemenlik yetkili organlar eliyle kullanılır ve hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz. Kanun hükmünde kararnameler bakımından, Anayasa’nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlali, 91, 121 ve 122. maddelerdeki konu sınırlamalarına uyulmadan yetki verilmesi ve yetki kullanılması durumuyla yetki verilmesi mümkün olmayan makamlara yetki verilmesi veya yetkinin yetki kullanması mümkün olmayan kişilerce kullanılması durumunda söz konusu olacaktır.

Örneğin, negatif statü haklarının düzenlenmesi konusunda hükümete yetki verilmesi ya da olağanüstü durumların gereklerinden öte konuların olağanüstü dönem KHK’leri ile düzenlenmesi, 91/I, 121/son ve 122/II hükümlerine aykırı olacağı gibi 7. maddeye de aykırı olacaktır. 91. maddeye aykırı olarak, bakanlar kuruluna değil de bir bakana, başbakanı ya da cumhurbaşkanına KHK çıkarma yetkisi verilmesi de 7. maddeye aykırı olacaktır.

SONUÇ

Yazımızda, kanun hükmünde kararname kurumunun kabul ediliş nedenlerini, bu nedenlerin demokratik ilkelerle ilgisini; 1982 Anayasası’ndaki kanun hükmünde kararnamenin niteliğini, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı karşısındaki konumunu ele almaya çalıştık. Temel gerekçe, yeni ekonomik ve siyasal koşulların, daha somut olarak, sosyal devletin ekonomik yaşama müdahalesinin güçlü yürütmeyi gerektirmesidir. Toplumsal gelişmenin siyasal yapılanmada ciddi sorunlar yarattığı bir gerçektir. Ancak bu sorunların aşılması için, çare olarak yürütme organının güçlendirilmesini ve meclislerin yasama işlevinden el çekmesi gerektiğini savunmak kolaycı bir yaklaşımdır. Hem demokratik ilkeleri sistemin ayırdedici bir ögesi olarak elde tutmak hem de demokratik yapıda temsilin gerçekleştiricisi olan meclislerin en temel işlevini başka bir organla paylaşması gerektiğini savunmak çelişkili bir yaklaşımdır. Varolan toplumsal yapıda, bireylerin, yaşamalarını düzenleyen kuralların bulunduğu ve uygulandığı siyasal alana katılımları dolaylı biçimde, temsilcileri aracılığıyla gerçekleşir. Bu katılımın işlevinin, temsilin gerçekleştiricisi olan meclislerin devre dışı bırakılması sonucu sürekli anlamsızlaştırılması, siyasal ve giderek toplumsal yapı için ciddi meşruiyet sorunları yaratmaktadır.

⁶⁴ Anayasa’nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Mecliste olduğunun bu kadar kesin biçimde vurgulanması “Cumhuriyet dönemi anayasalarına egemen olan meclis üstünlüğü geleneğini şeklen de olsa koruma endişesinin bir ürünü olarak gözükmektedir.” Fazıl Sağlam, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1984, s.265. Kanımca, Anayasa geleneğinin yanı sıra, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı, demokratik (madde 2) cumhuriyet (madde 1)’in hukuksal yapısını kuran bir anayasa için vurgulanması gereken zorunlu bir sonuçtur.

⁶⁵ Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı*, İÜHFY No: 384, İstanbul, 1972, s.77.

12 Mart dönemi Anayasa değişiklikleri ile hukuk sistemimize giren, 1982 Anayasası'ndaki düzenlenişle gürbüzleşen kanun hükmünde kararname kurumunun niteliği, 1982 Anayasası'nın yasama iktidarını kurumsallaştırma biçimi dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Biçimsel ölçüte göre de maddi ölçüte göre de kanun hükmünde kararnameler "yasa"dır. Anayasa'nın yeni bir işlev paylaşırması sözkonusudur. Yasama fonksiyonu meclis ile yürütme organı arasında birliktelik yaratacak şekilde düzenlenmiştir. Kanun hükmünde kararname nitelik olarak "birlikte yasama"dır. 1982 Anayasası'nda "yasama organı" adeta ikilemiştir.

Kanun hükmünde kararname kurumu, temsilin geri plana itilip, kimin ve ne için olduğu belli olmayan istikrar adına yürütmenin güçlendirilmesi motivisiyle yol alan anayasal gelişmemizde yalnızca bir duraktır. Ülkemizdeki anayasal seyir mantiki sonuçlarına varılacak olursa bir sonraki anayasal evre, kanımca, mahcup mukallidi olduğumuz Fransız 1958 Anayasası'nın yasama alanının sınırlanması "icadı"nı ve yarı-başkanlık sistemini benimsemek olacaktır.